

《論 説》

抵当権者による抵当不動産の 管理占有の性格と今後の展開について

宮 川 不 可 止

はじめに

本稿は、抵当権妨害についてこれまでの経過を概観して、最近の担保執行法制の改正を踏まえた上で、抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について検討を加えるものである。担保執行法制に関する最近の学説の関心は、短期賃貸借制度の廃止と新たな賃借人の保護制度、担保不動産に対する収益執行制度、抵当権消滅請求などの問題に向けられ、また、抵当権に基づく不法占有排除の問題にあるようである。そのためか、これまで抵当不動産の管理占有を正面からとりあげたものはないように思われるのである。あわせて、抵当不動産の換価権能の変容についても付言するものである。

1 担保の適格性と抵当権

(1) 担保の適格性、抵当権による資金調達

西原寛一博士は、担保の適格性につき「担保であるから管理が容易で価格低落のおそれが少なく、必要な場合には簡易、迅速かつ確実に換価できるものでなければならない」と説明されている¹⁾。西原博士のこの説明は担保取得後に視点が置かれている。担保取得から換価をも視野に入れると、担保の適格性として、担保取得及び管理の簡便性、評価の客観性と安定性、処分の容易性（担保の流動性）の三点をあげることができる。ここで担保取得の簡便性とは、具体的には、取得手続の容易・迅速性・取得費用の低廉性等のことである。代表的

な担保は抵当権であり、抵当権者の代表的な存在は銀行であるので、銀行取引における抵当権について少し概観したい。担保の適格性から素直に考えると、担保取得と管理・評価・処分のいずれの面でも、預金担保や有価証券担保の方が不動産担保を凌駕しているといえる。しかし、企業が銀行から多額の資金を長期間調達するような場合には、預金や有価証券を十分に担保提供できる企業はむしろ少ないため、ここに不動産担保が多用されることになる。抵当権は非占有担保として後順位設定が可能であるため、銀行取引担保のいわば王様として君臨している。我妻榮博士は、不動産の物質権から価値権を独立させたことが近代法における抵当権制度の発達であったと説かれていた²⁾。抵当権制度は、非占有担保権として企業の間接金融による資金調達に貢献し、その効力を発揮してきた³⁾。換言すると、銀行は抵当権の取得を通じて資金仲介機能を担当してきたのである。正常な銀行取引では、抵当権の存在は、債務者に対して抵当権実行の可能性があるという心理面でのにらみ圧力をきかせているにとどまる⁴⁾。しかし、景気停滞のなかで抵当物件の競売が増加している。今日の抵当権は、上記の担保の適格性を全て満たしているのだろうか。担保評価と処分の両面を中心に以下少し検討したい。

(2) 抵当不動産の評価と処分

現在では、銀行が取得した不動産担保は一般に過大評価されており、抵当不動産を市場価額で売却すると銀行側に損失が発生する事例が多いようである。つまり、抵当不動産の担保価額が担保取得後に低落して現在では売却価額との間に乖離が生じているのであり、換言すると過剰貸付現象が生じており、抵当権の実行により銀行側にいわゆる損切りが発生するのである。抵当権の換価方法としては、抵当権の実行のほか、任意処分による回収も少なくない。西原寛一博士の上記の指摘（管理の容易、価格の安定、簡易・迅速・確実な換価）は、銀行実務にも当然あてはまることである。銀行の抵当権管理においては、抵当権取得時には、相当の時間と費用をかけて目的不動産につき、現地調査により現況確認と写真撮影をし、また、権利関係や行政上の法規制の調査、登記簿謄本

の点検などをして担保評価をしている⁵⁾。一方、担保取得後は適宜担保評価を見直している。たとえば、マンションの一室を担保取得していたところ、南側隣地により高層のマンションが建築されて、日照が著しく遮られ市場価額が低落した場合には、担保価額を評価減することになる。債務者の倒産時ないしは管理債権発生時には、直ちに占有状況を調査し写真撮影をするなど現況確認に努めている。しかし、今後は、銀行は担保評価の基本的姿勢を改めて、担保取得時の担保評価において、競売による処分を想定して競売市場で早期売却できる⁶⁾こと、をより重視すべきであろう。

注

- (1) 西原寛一・金融法160頁, 161頁(有斐閣, 1968年)
- (2) 我妻榮・民法研究IV 5頁(有斐閣, 1967年)
- (3) 福島正夫・福島正夫著作集第4巻177~181頁(勁草書房, 1993年)
- (4) 加藤一郎=林良平編集代表・担保法大系第1巻54頁[林良平執筆](金融財政事情研究会, 1984年)
- (5) 鈴木禄弥=竹内昭夫編・金融取引法大系第5巻161頁~166頁[石井真司=飯田泰弘](有斐閣, 1984年)
- (6) 名古屋地方裁判所評価人会編・競売不動産の評価と評価書254頁[原道子執筆](判例タイムズ社, 2000年)。なお、平野哲郎「大阪地方裁判所の新しい競売不動産評価運用基準と評価書モデル」判例タイムズ1056号24頁(2001年)によると、大阪地方裁判所は、競売市場価格調整として価格を30パーセント減価して評価している。

2 抵当権妨害

(1) 抵当権妨害の諸形態

抵当権妨害(以下「執行妨害」ともいう)にはさまざまな形態があり、とりわけ抵当権実行に対する占有型の執行妨害が多発している¹⁾。ここではおもな抵当権妨害行為を、①件外建物等の存在、②濫用的短期賃貸借、③法形式の悪用、④実力行使の不法占有、に区分してこれを概観することにする²⁾。

① 件外建物等の存在

執行妨害目的で抵当土地に建物を建築し工作物を設置するケースが多いのであるから、抵当権者としては、抵当権設定後の担保管理—特に現況確認—に努めることが肝要であろう。

競売においては、売却のための保全処分（民事執行法55条）の活用を検討すべきものであろう。最近になって、最高裁は、競売対象の土地上に競売対象外の建物等が存在する場合であっても、右土地につき引渡命令を発令することができる³⁾、と判示して判例を変更した（変更前の高裁決定例はこれを否定していた）。

② 濫用的短期賃貸借

抵当権の登記後の短期賃貸借登記は抵当権者にこれをもつて対抗することができるが、その短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすときは抵当権者は解除を請求できる（民法395条）。右の賃貸借の登記は仮登記でなされることがある。短期賃貸借を濫用した執行妨害では、賃料の全額前払、高額の敷金支払、賃料債権の譲渡などをする一方で、抵当不動産の占有者は占有屋や反社会的集団である場合が多く、彼らは合法的な入居を装い抵当権者泣かせの実態を生ぜさせている。学界では、執行妨害と短期賃貸借に関する実体法と手続法上の問題をとりあげ、より⁴⁾解明するべく研究を集積させている。

③ 法形式の悪用

債務者（所有者）がペーパーカンパニーを設立したり、信託により名義を暴力団関係者に変更したりして執行妨害をするケースがあり、債務者のモラルが問われるべきものである。信託による名義変更の場合では、名義人の属性を調査するなどして執行妨害を見分けるほかなく、執行妨害排除に協力すべき所有者の不協力、放置も稀なことではない。執行抗告については、かつて、ある金融取引法大系書は、民事執行法の制定により競売ブローカーの排除と競落許可⁵⁾決定に対する即時抗告の濫用については立法的解決を得た、と記述していた。しかし、濫用的抗告は跡をたたず、林良平教授の説示のように、債務者の競売⁶⁾への抵抗は法制度の合間を縫って執拗に行われている。抗告の濫用の問題については、本稿ではこれ以上はとりあげない。

④ 実力行使の不法占有

第三者が無権限で抵当不動産を不法占有することは、抵当権妨害の典型であろう。前述のとおり、不法占有者が抵当土地に件外建物を建築し工作物を設置して占有することもある。いずれの場合とも陰では占有屋や暴力団等が介在して、使用人や配下の者に占有させ、外からみて誰が占有者であるのか確定できないようにしているのが常態であろう。債務者にいやがらせをして委任状を取りつけ、抵当権者に不当要求をするケースもある。抵当権者としては、安易に金銭解決をすることなく毅然とした態度で対応し、抵当不動産の現地調査に努め、また、競売申立て後においては、執行官に資料提供するなどして現況調査に協力する（民事執行法57条、188条）べきものであろう。

(2) 執行妨害の目的と弊害

小林明彦弁護士は、競売物件の不法占有による抵当権妨害の目的には、他の落札者を躊躇させて安く自己競落する目的、最低売却価額を引き下げる目的、立退料等の金銭を利得する目的、競売期間中の収益を入手する目的、の四つがあると指摘されている⁷⁾。鎌田薫教授は、抵当権妨害の弊害として、占有減価を生ぜさせること、暴力団等の占有により一般人が入札を回避し自由な競争が阻害されること、買受け意欲を喪失させ遅延損害金を増加せしめること、執行妨害の増加は競売物件全体の信用を失墜させかねないこと、などをあげられている⁸⁾。山崎敏充判事は、換価に視点を置いて執行妨害を分類し、換価そのものを困難にするもの、換価代金に相当する価値の一部を収奪するもの、換価後に買受人に追加出捐を迫るもの、換価制度の信頼を侵害するもの、に分けて類型化を試みられる⁹⁾。このような問題状況とその類型から察するに、不法占有の排除が抵当権実行の最課題であることが分かる。しかし、執行機関には、競売不動産をめぐる占有関係、権利関係を正確に判定するための調査機構や手続機構が十分に備わっているとはいえないのである¹⁰⁾。抵当権者としては、執行妨害目的の証明は難しく、また、競売で自由競争による価額を期待することもできず¹¹⁾、そのうえ、まず抵当権の実行による弁済を受けたうえでないと、債務者の他の

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）
責任財産に強制執行して強制弁済を受けられないのである（民法394条）。¹²⁾

（3）濫用型賃貸借と抵当権者の物上請求権

① 濫用型賃貸借

濫用型賃貸借につき、高木多喜男教授は、①抵当権擁護型（併用賃借権）、②担保目的型（債権回収目的賃借権）、③抵当権妨害型（濫用型）の三類型に分類され、このうち③については、立退料、登記抹消承諾料、敷金返還請求により不当に金銭を取得するものであるとされる。¹³⁾①については、最判平成元・6・5（民集43巻6号355頁）が、併用賃借権による短期賃貸借の排除効を否定したことは周知のとおりである。短期賃貸借については、正常型短期賃貸借はそれ自体、目的物価値を押し下げる原因となりうるものの、抵当権者はこれによる目的物価額の下落を予測すべきものであるから抵当権侵害とならないとみられている。¹⁴⁾しかし、濫用的短期賃貸借は価額下落をさらに押し下げる減価要因となるため、¹⁵⁾抵当権侵害になるとみられている。この問題については次項で触れる。

② 抵当権者の物上請求権

抵当権者は、抵当権侵害に対して物上請求権を有している。抵当権者は、被担保債権の弁済がないときには、競売手続において換価処分代金から優先弁済を受けるべきものであり、この優先弁済を受けえない状況が作出されたときは¹⁶⁾抵当権侵害となる。近江幸治教授は、抵当権侵害の問題を次のように区分して¹⁷⁾検討されている。すなわち、抵当権設定契約の当事者間では、設定者には担保価値維持義務があり、設定者の担保価値低減行為については抵当権侵害というよりも、義務違反追求による債権的請求権の規律するところである（物権的請求権との競合も肯定する）とし、対第三者間では、第三者の担保価値低減行為については典型的な抵当権侵害であって、物権的請求権の規律するところである、といわれるのである。私見は、前者の場合には、抵当権侵害を認め、妨害状態の除去をなさないかぎり、第一義的に物権的請求権を行使させるべきものであり、債権的請求権は並列的に位置づけして請求権競合を認める考えである。

注

- (1) 野村豊弘＝中田裕康ほか著・倒産手続と民事実体法（別冊NBLNo. 60）96頁，97頁[森田修執筆]は，倒産手続における抵当目的物の任意処分性について，占有型の執行妨害行為を詳説している（商事法務研究会，2000年）
- (2) 鈴木正和「抵当権と執行妨害」判例タイムズ494号46頁（1983年）も執行妨害を分類している。
- (3) 最決平成11・10・26金融法務事情1570号80頁
- (4) 生熊長幸・執行妨害と短期賃貸借（有斐閣，2000年）は，その代表的な研究書である。
- (5) 鈴木禄弥＝竹内昭夫編・金融取引法大系 6 巻259頁 [三谷忠之執筆]（有斐閣，1984年）
- (6) 林良平・金融法論集—金融取引と担保114頁（有信堂高文社，1989年）
- (7) 鎌田薫＝山本和彦＝道垣内弘人ほか座談会《抵当権制度の現状と将来像①》NBL700号 9 頁（2000年），小林明彦発言・同号16頁
- (8) 鎌田薫「抵当権の侵害と明渡請求」民法学の新たな展開・高島平蔵教授古希記念 290頁（成文堂，1993年）
- (9) 第167回民事訴訟法学会（1997・6・1）シンポジウム「担保権の効力と不動産執行」における山崎敏充判事の報告（同資料20，21頁）
- (10) 山崎敏充「不動産競売手続の理念と現実」民事訴訟雑誌44号104頁（1998年）
- (11) 林・前掲（注6）書114頁，115頁
- (12) 林・前掲（1注4）書52頁
- (13) 高木多喜男「短期賃貸借をめぐる実体法上の問題点」前掲（1注4）書409頁，410頁
- (14) 高木多喜男・担保物権法（第3版）160頁（有斐閣，2002年）
- (15) 高木・前掲（注14）書160頁
- (16) 近江幸治・担保物権法 [新版補正版] 161頁（弘文堂，1998年）
- (17) 近江・前掲（注16）書161頁，162頁

3 抵当権妨害への対処

(1) 抵当目的物の分離，搬出等への対処

抵当山林の不当伐採と搬出，抵当家屋の不当な取壊しは抵当権侵害となるであろう。簡単に概観すると，判例は，かつて，山林の伐採，搬出の禁止が争われた事案につき，抵当権の実行により抵当山林が差し押えられたときはその後

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）

の伐採、搬出は差押の効力として禁止されたとした（大判大正5・5・31民録221083頁）。しかし、その後、抵当権者は差押えの有無を問わず、抵当権の効力としてかかる行為の差止を求めうるとした（大判昭和7・4・20新聞3407号15頁）。さらに判例は、工場抵当法2条の供用物件が工場外に搬出された場合において、第三者が即時取得をしない限り、抵当権者は原状回復を請求できるとしている（最判昭和57・3・12民集36巻3号349頁）。この理論を一般の抵当権について認めるべきかという点については、¹⁾ 肯否が分かれている。搬出により即時取得のリスクが生じるので、²⁾ 原状回復を認めるべきものであろう。

（2） 抵当目的物の占有による抵当権妨害への対処

① 判例の動向

抵当権者に対抗しうる短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすときは、抵当権者の請求により裁判所は賃貸借の解除を命ずることができる（民法395条但書）。「損害を及ぼす」ときの要件について、短期賃貸借の存在による売却価額の下落により債権の完済を得られないことを要することに加えて、低額賃料、賃料前払のような詐害性をも要件とするのが問題となる。³⁾ 最高裁は、この点を明確にしていなかった（最判昭和34・12・25民集13巻13号1659頁）が、最近第二の要件を要しないものと解し、売却価額が短期賃貸借の存在により下落し、抵当権者が受ける配当等の額が減少する場合には、原則として短期賃貸借を解除しうるとしている（最判平成8・9・13民集50巻8号2374頁）。なお、損害の有無の判定・算定基準時については、賃貸借解除判決の口頭弁論終結時とされている（大判昭和16・6・14民集20巻873頁）。短期賃貸借の解除請求訴訟は形成の訴えであって賃貸人と賃借人を共同被告とする必要的共同訴訟であり（大判大正4・10・6民録21輯1596頁）、解除判決が確定したときは、抵当権者と賃借人との関係のみならず、賃貸人（所有者、抵当権設定者）と賃借人との間においても賃貸借関係が終了し、賃貸人は賃借人に対して明渡請求をすることができる（最判平成6・3・25判例時報1501号107頁）。抵当権者が解除の効力により不法占拠者となった短期賃借人に対して明渡請求をすることができるか、が重要な問

題である。平成3年、最高裁は、第三者が抵当不動産を不法占有していた場合において、抵当権に基づく妨害排除請求としてもまたは抵当権設定者の所有物返還請求権の代位行使としてもその明渡しを求めることはできない、とした（最判平成3・3・22民集45巻3号268頁）。抵当権者は抵当不動産を占有する権原がなく、第三者が不法に占有しているというだけでは抵当権が侵害されるものではないこと、抵当権者に不法占有を排除しうる権原を付与しなくとも、引渡命令（民事執行法83条、188条）または訴えによる判決に基づきその占有を排除することができ、抵当不動産の担保価値の保存が図られていることが占有排除を否定する理由である。このように不法占有それ自体は抵当権侵害にはならない（妨害排除請求権は発生しない）とする見解⁴⁾では、いわば不法占有者付での競売を強いることとなり、また、引渡命令では正常な減価を上回る占有減価を回避しえないであろう。前掲平成3年判決は、抵当権の非占有、非用益という観念的解釈と引渡命令を利用すべきことだけを強調し、現実から逃避しているように思えてならない⁵⁾。多数説は、右の最判とは反対に抵当権者の妨害排除請求を認めようとしている⁶⁾。第三者の侵害行為については、現実的損害を必要とせずその行為による担保価値の下落があれば抵当権の侵害であり、物権的請求権が成立する⁷⁾。不法行為については、執行妨害によって目的物の値下がりを生じさせる行為は違法であり、抵当権者は侵害者に対して直接に損害賠償請求権を有すると解しうる（四宮和夫・不法行為318頁、319頁。大判昭和11・4・13民集15巻630頁）。

② 民事執行法による保全処分

前掲平成3年判決により実体法による不法占有排除は閉ざされたため、実務は、執行妨害の横行に対して民事執行法上の売却のための保全処分（同法55条）に活路を求めた。執行裁判所は、同条の文理を拡大的に解釈するなどして、価格減少行為を行う第三者に対しても保全命令を発令するようにした。その後、民事執行法は平成8年と平成10年に改正され、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分（同法68条の2）、不動産競売の開始決定前の保全処分（同法187条の2）が創設された。また、売却のための保全処分の相手方の拡大（同法

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）

55条、77条）、引渡命令の相手方の拡大（同法83条）を図る等執行妨害対策として必要な措置が講じられていた⁸⁾。このほか、債権管理回収業に関する特別措置法（サービサー法）、金融機関が有する根抵当権により担保される債権の譲渡の円滑化のための臨時措置に関する法律、特定競売手続における現況調査及び評価等の特例に関する臨時措置法の制定等により周辺の整備が図られ、加えて、銀行による自己競落子会社の設立が可能になった⁹⁾。

③ 正常型短期賃貸借との関係

学説上、価値権と利用権の調和のためには、抵当権者は正常型賃貸借による価額低落の不利益を受忍すべきであって¹⁰⁾、また、抵当権者はこれによる価額下落を常に予期すべきものであり、さらには、正常型短期賃貸借は解除請求の対象にならないとの主張がなされている¹¹⁾。内田貴教授は、居住目的の借家について詳細な立法論を展開されている¹²⁾。しかしながら、正常型短期賃貸借の解除を認めた前掲最判平成8・9・13と、解除判決確定後の賃貸人から賃借人への明渡請求を肯定した前掲最判平成6・3・25をつなげてみると、結論として、賃貸人は、民法395条但書による解除判決確定後は、正常型短期賃貸借の賃借人に対して明渡請求ができることになると考えられている¹³⁾。そうであるとする、抵当権の実行前（被担保債権の履行遅滞がない）段階において、解除請求訴訟を提起できうるならば、正常型短期賃貸借は不安定なものとなる¹⁴⁾。したがって、解除請求訴訟の提起は被担保債権の弁済期到来後においてすべきものである¹⁵⁾。銀行も通常そのように行動しているから、問題はまず生じないであろう。このような経過と銀行の不動産担保融資を中心とする不良債権処理が長期化し深刻化しつつある状況下で、最大判平成11・11・24（民集53巻8号1899頁）がでたのである。

注

- 1) 一般の抵当権につき肯定、高木・前掲（2注14）書159頁。否定、近江・前掲（2注16）書137頁
- 2) 高木・前掲（2注14）書159頁
- 3) 高木・前掲（2注14）書191頁、192頁

- 4) 我妻榮・新訂担保物権法383頁, 384頁(岩波書店, 1968年), 川井健・担保物権法121頁, 122頁(青林書院, 1975年)。大判昭和9・6・15民集13卷1164頁(第三者の抵当不動産(家屋)の不法占拠は抵当権侵害とならないとする)。
- 5) 拙稿「短期賃貸借の解除判決確定後の賃貸人による明渡請求の可否」銀行法務21517号11頁(1996年)
- 6) 椿寿夫「抵当権にもとづく妨害排除請求への道—併用賃借権および短期賃貸借との関連で」ジュリスト963号93頁(1990年), 井口博「抵当権者の短期賃借権者に対する明渡請求」判例タイムズ705号4頁(1989年), 生熊長幸「解除された短期賃借人に対する抵当権者の明渡請求」ジュリスト981号30頁(1991年), 円谷峻「詐欺的賃貸借と抵当権者の明渡請求」判例タイムズ765号77頁(1991年), 安永正昭「解除された短期賃貸借に基づく占有と抵当権者の明渡請求」金融法務事情1304号40頁(1991年), 小杉茂雄「抵当権に基づく物権的請求権の再構成(一)(二)(完)」西南学院大学法学論集14巻1号1頁・2号141頁(いずれも1981年)ほか多数
- 7) 高木・前掲(2注14)書149頁, 近江・前掲(2注16)書163頁
- 8) 林則清=篠崎芳明=今井和男編著・どう排除する執行妨害81~83頁《パネルディスカッション》「執行妨害の具体的事例と民事・刑事上の対策」(金融財政事情研究会, 1996年)も参照
- 9) 平6・6・24事務連絡「金融機関の貸出金等に係る担保不動産の保有・管理会社の取り扱いについて」は, 銀行法施行規則の改正により17条の3第1項24号として明文化された
- 10) 我妻・前掲(注4)書340頁
- 11) 生熊・前掲(2注4)書23~31頁, 227頁
- 12) 内田貴・抵当権と利用権330頁, 331頁(有斐閣, 1983年)が立法論も実務的であり詳しい
- 13) 角紀代恵「短期賃貸借をめぐる最近の動向」法学教室239号33頁(2000年)
- 14) 角・前掲(注13)論文33頁
- 15) 鎌田薫「抵当権(その二)」椿寿夫編・担保法理の現状と課題(別冊NBL31号)34頁(商事法務研究会, 1995年)

4 最高裁大法廷判決

(1) 最高裁大法廷判決の概要

最高裁大法廷は, 抵当権者の代位請求による妨害排除請求につき判例を変更

して抵当権者への明渡請求を肯定した。判決の概要は以下のとおりである。

① 事実の概要

平成元年11月10日、X（国民生活金融公庫、原告、被控訴人、被上告人）は、訴外AからA所有の本件土地建物について、債務者をA、極度額を3500万円とする根抵当権の設定を受け登記を経由し、同月、Xは、Aに対し2800万円を貸し付けた。Y（被告、控訴人、上告人）らは、平成5年5月頃から本件建物を権原なく占有している。右の貸付金の支払が滞り、Xは、平成5年9月8日、本件土地建物につき根抵当権を実行し競売を申し立て、不動産競売の開始決定がなされた。次いで、Xは、Yらに対し、Yらが本件建物無権限で占有していることにより買受希望者が現れないことを理由に、Xの有する被担保債権を被保全債権としてAの本件建物の所有権に基づく妨害排除請求権を代位行使して、本件建物の明渡しを訴求した。第一審（名古屋地判平成7・10・17）、原審（名古屋高判平成8・5・29）ともXの請求を認容したので、Yらより上告。最高裁大法廷は、次のように判示してXの代位請求を認め、Yらの上告を棄却した。また、傍論ながら、抵当権に基づく妨害排除請求をも肯定した。

② 判決要旨

(一)「抵当権は、競売手続において実現される抵当不動産の交換価値から他の債権者に優先して被担保債権の弁済を受けることを内容とする物権であり、不動産の占有を抵当権者に移すことなく設定され、抵当権者は、原則として、抵当不動産の所有者が行う抵当不動産の使用又は収益について干渉することはできない」。

(二)「しかしながら、第三者が抵当不動産を不法占有することにより、競売手続の進行が害され適正な価額よりも売却額が下落するおそれがあるなど、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、これを抵当権に対する侵害と評価することを妨げるものではない。そして、抵当不動産の所有者は、抵当権侵害が生じないように抵当不動産を適切に維持管理することが予定されているものといえることができる。したがって、右状態があるときは、抵当権の効力として、抵当権者は、抵

当不動産の所有者に対し、その有する権利を適切に行使するなどして右状態を是正し抵当不動産を適切に維持又は保存するよう求める請求権を有するというべきである。そうすると、抵当権者は、右請求権を保全する必要があるときは、民法423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使することができる」と解するのが相当である」。

(三)「なお、第三者が抵当不動産を不法占有することにより抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態があるときは、抵当権に基づく妨害排除請求として、抵当権者が右状態の排除を求めることも許されるものというべきである。最判平成3年3月22日民集45巻3号268頁は、以上と抵触する限度において、これを変更すべきである」。

(四)「本件事実関係の下においては、Xは、AのYらに対する妨害排除請求権を代位行使し、Aのために本件建物を管理することを目的として、Yらに対し、直接Xに本件建物を明け渡すよう求めることができるものというべきである」。奥田昌道裁判官の補足意見がある(略)。

(2) 最高裁大法廷判決の影響

① 抵当権侵害の要件

大法廷判決は、抵当権は非占有で設定されるから抵当権者は原則として抵当不動産の使用、収益について干渉することはできない、として平成3年判決と同様に、抵当権ドグマを確認した。本判決は、抵当権の交換価値と優先弁済請求権についてもふえんしている。平成3年判決では、交換価値、優先弁済請求権(の行使)文言はなく、¹⁾抵当権の非占有の側面のみが評価されていた。次に、平成3年判決が「無権原占有に対し干渉できる余地はない」としていたのに対し、大法廷判決は、「原則として所有者の使用収益に干渉できない」と説示し、管見するに判例変更の伏線をここで敷いた。このように判示(-)を積極的に評価する。

第三者の不法占有により競売手続の進行が害され、適正な価額よりも売却価額が低下するおそれがある場合は、抵当権侵害となるのか。平成3年判決は、

前述のとおり、抵当権者は占有に干渉できる余地はないとしてこれを否定し、その理由として、引渡命令（民事執行法83条）または訴えによる判決に基づいてその占有を排除すべきことを示唆していた。これに対し、大法廷判決が判例変更をしたのは、手続法を駆使しても執行妨害が跡を絶たないことへの配慮が強く働いたものであろう。抵当権侵害の要件は、「第三者の不法占有、競売手続の進行阻害、適正価額よりも売却価格が低下するおそれ、抵当不動産の交換価値の実現が妨げられ抵当権者の優先弁済請求権の行使が困難となるような状態、が存在すること」であるが、この問題は後で取り上げる。

② 代位請求の構成

債権者代位権の行使を認める理論構成は技巧的でもある。まず、抵当不動産の所有者は抵当権侵害が生じないよう「抵当不動産を適切に維持管理することが予定されている」と説示し、抵当権設定者に作為を求める抵当権者の物権的請求権を引き出そうとする。そもそも、物権的請求権は、物権の物に対する支配を確保するため、妨害者に対し妨害の排除を請求することを内容とする物権の機能であり、具体的には妨害者と物権者間の法律関係として現われるものである。²⁾ 大法廷判決は、抵当権設定者の抵当権者に対する価値維持管理義務→第三者の不法占有→抵当権侵害→抵当権者の担保価値維持請求権→保全の必要あるとき所有者の妨害排除請求権を代位行使、の順でみているのであろう。しかし、担保価値維持請求権を物権的請求権とすると、それは妨害者と物権者間の関係から生ずるものではないうえ、抵当権設定者は担保の毀滅・減少をしないという不作為義務を負っているにすぎず、物権的請求権は発生しないのではないか、という見解が成立するようにも考えられる。いずれにせよ、物権的請求権概念の多様性について問題を提起していることは確かであろう。大法廷判決は、この担保価値維持請求権を保全する必要があるときは、民法423条の法意に従い、所有者の不法占有者に対する妨害排除請求権を代位行使できるとして、転用型の事例を加えたのである。この構成によるときには、債務者の無資力は要件ではなく、³⁾ 抵当不動産の所有者が物上保証人である場合にも適用できることになる。

③ 不法占有による占有減価のおそれがある場合

これは抵当権侵害の例示であるのか、要件であるのか。例示とみる見解は、⁴⁾具体例として、不法占有により買受希望者が現れそうにない場合につき抵当権侵害を肯定するのである。⁵⁾「…売却価額が下落するおそれがあるなど、」の文理からすると、例示とみるのが妥当のように考えられる。第三者の不法占有による抵当権侵害の成立には、競売開始を要件とするのか否かも問題となる。⁶⁾不法占有→競売手続進行阻害の場合と、不法占有→配当額減少見込の場合とを区分して考慮すると、前者の場合では、弁済期の到来と抵当権が実行段階にあることを要すると考えるべきものであり、⁷⁾暴力団関係者が執行妨害目的で占有しているような後者の場合には、抵当権設定者に対して権利行使の催告をして催告が無視ないしは拒絶されたときには、保全のために、弁済期到来前でも抵当権侵害を認めるべきものと考察する。⁸⁾なお、根抵当権の場合には、被担保債権の存在を要するからには元本の確定を必要とするのであろう。⁹⁾他方、被担保債権たりうる債権が既に存在しておれば確定は必要でないとの見解も成立する。

注

- 1) 拙稿・前掲(3注5)論文10頁, 11頁
- 2) 川島武宜・新版所有権法の理論112頁, 114頁(岩波書店, 1987年)。なお、於保不二雄・民法著作集I財産法88頁は、「わが民法も物権的請求権を当然に予定しているものと解して妨げない」とし、予定という言葉を使用している(新青出版, 2000年)。¹⁾初出「物権的請求権の本質」法学論叢70巻2号(1961年)。
- 3) 八木一洋「最高裁判所判例解説」(法曹時報52巻9号)294, 295頁(2000年)
- 4) 松岡久和「抵当目的不動産の不法占有者に対する債権者代位権による明渡請求(上)(中)(下)―最大判平11・11・24の検討」NBL681号6頁, 同682号36頁, 同683号37頁(以上, 2000年)[同682号39頁参照]。佐久間弘道「抵当権価値権論と抵当権による占有排除」金融法務事情1603号10頁(2001年)
- 5) 松岡・前掲(注4)論文682号40頁, 41頁の注(36)では、たとえば、時価1億円、実行時の競売市場修正後価格が8000万円の不動産で、被担保債権額が5000万円であっても、悪名高い占有屋が占有していて誰も買い受けようとしなない場合は、抵当権侵害を肯定してよいとする。これに対して、川井・前掲(3注4)書120頁は、第三者が抵当の目的物を不法占拠したというだけでは目的物の価値が

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）

減少するわけではないから、当然には妨害排除請求権は発生しないとする。ケースにより異なるものであろう。

- 6) この問題に関する学説の分類整理については、八木・最高裁判所判例解説（前掲注3）312頁～314頁を参照
- 7) 佐久間弘道「代位請求・物上請求の構成による抵当権の明渡請求」銀行法務21572号23頁（2000年）は、この場合、競売手続の開始を要件とする。
- 8) 同旨、三上徹「平成11年大法廷判決と銀行実務」銀行法務21572号43頁（2000年）。本ケースに直接の関係はないが、代位訴訟提起の要件論については、池田辰夫・債権者代位訴訟の構造221頁、222頁（信山社出版社、1995年）
- 9) 伊藤進「抵当権者の抵当不動産の不法占有者に対する妨害排除請求権及び直接自己への明渡請求の可否」判例時報1706号187頁（2000年）

5 担保執行法制の改正までの実務

(1) 長期賃貸借への対応、正常型賃貸借保護

抵当権に劣後する長期賃貸借に基づいて抵当不動産を長期賃借人が占有し抵当権侵害が生ずる場合には、抵当権者の占有排除効をどのように取扱うべきかが問題となる。長期賃貸借については、大法廷判決はなんら触れていないからである。東京地判平成12・11・14（金融法務事情1602号64頁）は、長期賃貸借契約に基づく抵当権侵害を認めたうえで、民法395条但書の類推適用による賃貸借契約の解除判決の確定を条件として、抵当権者は長期賃貸借による占有者に対してその明渡しを請求することができる、と判示した¹⁾。けだし、抵当権者に対抗できる短期賃貸借が抵当権者に損害を及ぼすときは解除を請求できるのであるから、抵当権者に対抗できない長期賃貸借が同様に抵当権者に損害を及ぼすときは、解除請求ができるものとして扱うことが衡平であろう²⁾。ここで、右の解除判決の確定を条件とする必要の要否に関しては、その後、東京高判平成13・1・30（金融・商事判例1110号3頁）は、賃貸借および転貸借としてされた占有移転が抵当権の不法な侵害にあたるとして、抵当権に基づく明渡請求（抵当権者の管理占有）を解除判決の確定を要件とせずに認めた。両判決は、前掲最高裁大法廷判決の趣旨に沿うものであろう。

³⁾ 短期賃貸借制度の見直し問題に関して、将来、民法395条但書がかりに廃止

されるならば、少なくとも前掲東京地判平成12・11・14の長期賃貸借に同条但書を類推適用する法理はその根拠を失うことになりそうである。また、正常型賃貸借の保護が課題の一つであって、正常型賃貸借と濫用型賃貸借を明確に区別できるとの前提にたつと、正常型賃貸借の保護理論は、多数の者から支持を受けつつあったようである。他方、実態をみると、巧妙、平穩に人を居住させて執行妨害をする事例が、大法廷判決後も跡を絶たない。これに対して、占有関係を調査しても占有者を特定できない場合が多々あり、執行機関も調査機構等を十分に具備していない⁴⁾。執行官を例にとると、増員体制の検討が必要であること、執行官の手数料は不動産明渡しの強制執行の場合を重視していないことが指摘されている⁵⁾。これらの状況の改善及び正常型賃貸借を保護し濫用型賃貸借を排除して取り扱うべきことは⁶⁾、ともに担保執行法制改正の課題であろう。抵当権者においては、大法廷判決に依拠して不法占有の排除を求め、問題状況を少しずつ改善しつつあった。しかし、抵当権者の管理占有については十分な検討がなされてきたとはいえない。銀行実務は、管理占有の負担を配慮してか、前掲大法廷判決後も売却のための保全処分（民事執行法55条）をより広く活用してきた。

(2) 占有移転禁止の仮処分

抵当権者たる銀行の立場では、抵当不動産の明渡しを受けて管理占有することよりも執行官保管が望ましいため、占有移転禁止の仮処分⁷⁾（民事保全法62条）の活用が説かれていたところ⁸⁾、この点に関し、大阪高決平成3・6・12（判例タイムズ761号222頁）は、抵当権者は物の引渡しまたは明渡しの請求権を保全するための処分として、抵当不動産につき占有移転禁止の仮処分を求めることはできないとした。この要旨は大法廷判決がでたことにより変更されうるものと期待される。占有移転禁止の仮処分の形態としては、執行官保管のもとでの「債務者使用型」、執行官直接保管型、執行官保管のもとでの「債権者使用型」の三形態がある。このうち、債権者使用型については、本来的使用を認めず保管的な使用に限るべきものである⁹⁾。抵当権者は、占有移転禁止の仮処分を

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）

申請し、この仮処分が実態に応じて弾力的に発令されることを期待してきた。なお、不動産競売制度の改正に関連して、米国¹⁰⁾にならって日本でも民間競売制度を創設すべきであるとの提言がなされていた。執行妨害の改善は民間競売によらずとも可能であるため、少し飛躍を感ずる一面は残るものの、司法の経済化ないしは長期的視点から競売の民間委託は検討に値するものであろう。このような状況下にあつて、社会・経済情勢の変化への対応等の観点及び権利実現の実効性をより一層高めるという観点から、法制審議会担保・執行法制部会で審議されてきた担保執行法制の見直しの概要が確定したのである（2003年2月5日、法制審議会総会で「担保・執行法制の見直しに関する要綱」を決定）。

注

- 1) 最判昭和63・2・16（民集42巻2号93頁）は、農地の長期賃貸借につき、抵当権侵害を認め抵当権者の民法395条但書の準用による解除請求を肯定した。
- 2) 拙稿「抵当権と濫用的短期賃貸借の付着」手形研究463号30頁（1992年）では、民法395条但書の類推適用を主張した。
- 3) 短期賃貸借研究会報告書（1999.6.30主査上原由紀夫）「担保不動産流動化のために—短期賃貸借保護制度の抜本的改正を—」鈴木禄彌ほか編・競売の法と経済学201～238頁所収（信山社出版、2001年）小林明彦「担保法制および民事執行制度の見直しについての試論」金融法務事情1605号23頁（2001年）
- 4) 山崎・前掲（2注10）論文104頁
- 5) 生熊・前掲（2注4）書499頁～501頁及び510頁～513頁参照
- 6) 小林・前掲（注3）論文24頁
- 7) 銀行側の主張として、三上・前掲（4注8）論文45頁
- 8) 升田純「抵当権に基づく妨害排除請求に関する判例・問題」法学教室239号40頁（2000年）は、民事保全法所定の執行官保管、明渡断行の仮処分の利用が実用的であると説示。
- 9) 竹下守夫＝藤田耕三編・注解民事保全法（下巻）287頁〔福永有利執筆〕（青林書院、1998年）
- 10) 鈴木ほか編・前掲（注3）書98頁〔久米良昭、福井秀夫、福島隆司執筆〕米国では非司法競売が36州及びワシントン特別区で実施されている。メリーランド州の場合、司法競売と比べて、期間が三分の一から四分の一、経費が二分の一程度で安価、迅速であるとする。

6 担保執行法制改正の概要

担保執行法制の改正（2004年4月1日施行予定）につき、抵当権に関する民法上の改正を中心にして以下に概観することにした。

① 担保不動産収益執行制度の導入

改正法は、不動産を目的とする担保権の実行の手段として不動産競売と並んで、抵当権に基づく不動産収益執行制度を導入した。改正民法371条は、被担保債権の債務不履行後に生じた抵当不動産の果実に抵当権が及ぶものと規定したので、これにより不動産収益執行につき実体法上の根拠が明記された。そして、天然果実・法定果実につき統一的に規律することになった。不動産収益執行制度は、不動産担保の実行方法として、不動産質権、不動産先取特権に基づく場合も含め、不動産担保権の実行方法として、不動産競売と並ぶ独立したものと位置づけられている（民事執行法180条新設）。不動産収益執行は担保権の実行方法の一つであることから、根抵当権者が不動産収益執行の申立てをすると根抵当権の元本は確定する（民法398条ノ20第1項1号）。不動産収益執行手続には、強制管理に関する規定が準用される（民事執行法188条）ので給付請求権に対する差押えは効力を停止する。裁判所選任の管理人による賃貸借契約の解除や新規締結が可能になり（民事執行法95条）、管理人報酬や管理費用は収益から優先的に控除される（同法106条1項）。なお、物上代位手続は、小規模不動産では管理人を置く不動産収益執行は費用倒れに終わるおそれがあるから物上代位を残す必要があるとして存続¹⁾された。

② 抵当権消滅請求一滌除制度の合理化

民法378条を改正し、滌除について、これを抵当権消滅請求と改めて、抵当権消滅請求権者を抵当不動産につき所有権を取得した第三者に限定し、用益権を削除した。かつ、抵当権者に課されていた過大な負担を廃止して使いやすい制度に改めた。まず、滌除権者への抵当権実行通知義務を廃止し（民法381条を削除）、抵当権消滅請求の申出時期は抵当権の実行としての競売開始決定による差押えの効力発生前にするものとした（民法382条）。さらに、改正民法は、

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）

増加競売・自己買受義務を廃止し（民法384条）、一方、競売申立期間を2ヵ月間に延長した（民法383条3号、384条1号）。無剰余等により競売手続が取消しされても承諾擬制は生じない（民法384条4号括弧書き）。競売を申立てた抵当権者は申立ての取下について他の債権者の承諾なしにできることとなった（改正前386条を廃止）。

③ 一括競売権の拡充

件外建物の存在による執行妨害を防止するため、一括競売権を拡充し、抵当権設定者が築造した建物に限定せず、第三者が築造した場合にも一括競売ができることとした。すなわち、抵当権設定登記後に抵当地に建物が築造され、かつ、抵当目的土地の占有権限が土地抵当権者に対抗できないときにも、一括競売権が拡張された（民法389条1項）。建物所有者が土地抵当権者に対抗できるときは一括競売できない（同条2項新設）。

④ 短期賃貸借制度の廃止と例外的措置

改正民法は、短期賃貸借制度を廃止し、明渡猶予期間を新設した（民法395条）。短期賃貸借制度の廃止は民法の原則に帰すことを意味するためこの点は条文に明記されず、同条には明渡猶予期間（6ヵ月）が規定されている。¹⁾明渡猶予の要件としては、抵当権者に対抗できない建物賃貸借に限られ、競売手続開始前から抵当建物を使用または収益する者等である。しかし、明渡猶予期間中の賃借人の占有権原の根拠が不明確であり、買受人の負担が懸念される。²⁾

抵当権者による同意引受制度も新設された。賃借権設定の登記があり、右登記前に抵当権設定登記を経由した抵当権者すべての同意があり、これら抵当権者の同意の登記があるときには、賃貸借契約は買受人に引き受けされる（転抵当権につき民法387条）。これらの要件を充たす賃貸借契約については、買受人は敷金返還義務を引き継ぐことになるため、敷金は登記事項とされた（不動産登記法132条1項に追加）。

抵当権に後れる賃貸借契約は、原則として競売による買受人には引き受けられない（民事執行法59条2項、消除原則）。

⑤ 根抵当権の元本確定事由の修正—根抵当権者の元本確定請求の新設

根抵当権に関しては、まず旧398条ノ20第1項第1号の確定事由（担保すべき債権の範囲の変更、取引の終了等による元本確定）の基準が曖昧であるためこれを削除し、これに代えて根抵当権者の元本確定請求制度を新設した（民法398条ノ19第2項）。この場合、元本はその請求の時ににおいて確定する。また、この確定請求による元本確定の登記は根抵当権が単独で申請することができる（不動産登記法119条ノ9）。

⑥ 民事執行法制に関する改正

いわゆる占有屋等による不動産執行妨害への対策が強化された。民事執行法上の保全処分の発令要件を緩和し、まず売却のための保全処分については、「不動産の価格を著しく減少する行為又はそのおそれがある行為」を「不動産の価格を減少させ、又は減少させるおそれがある行為」と改めた（民事執行法55条1項）。同様の発令要件緩和は、最高価格買受申出人又は買受人のための保全処分、担保不動産競売の開始決定前の保全処分についても行われた（同法77条2項、187条1項）。また、相手方の特定を困難とする特別の事情があるときは、相手方を特定しないでその時の不動産占有者を相手方として発令できることとし、売却のための保全処分、買受けの申出をした差押債権者のための保全処分、最高価格買受申出人又は買受人のための保全処分、担保不動産競売の開始決定前の保全処分について当該命令の発令要件が緩和された（同法55条の2、68条の2第4項、77条2項、187条5項）。なお、執行官保管の保全処分の発令要件とその他の保全処分の発令要件と差異はないものとされた（同法55条1項2号）。

競売不動産の内覧については、差押債権者の申立があるときに執行官に対して内覧の実施を命じて買受申出者のために内覧できることとなった（同法64条の2）。不動産明渡執行の実効性の向上に関しては、明渡しの催告を法定化し（同法168条の2）、不動産の引渡し等の強制執行に関する規定を改正した（同法168条）。

民事保全法においては、債務者を特定しないで発する占有移転禁止の仮処分命令に関する緩和規定（民事保全法25条の2）が新設され、占有移転禁止の仮処

抵当権者による抵当不動産の管理占有の性格と今後の展開について（宮川）

分の効力に関する規定も改正された（同法62条）。

⑦ 残された課題

このように今回の改正では、抵当権に基づく妨害排除請求権の民法上の明文化³⁾は見送られた。最大判平成11・11・24（民集53巻8号1899頁）が抵当権に基づく妨害排除請求を肯定したこと、不動産収益執行による不動産管理が認められたこと、保全処分が強化されたこと等から見送られたようである。しかし、濫用的な賃貸借契約等に基づいて占有されている事案についてまで、判例法が広くカバーする趣旨のものか疑問であろう⁴⁾。また、法定地上権制度の見直し、競売不動産について瑕疵担保責任を問える制度への改正（民法570条但書の廃止）も見送りとなった。簡易な担保権実行制度（抵当権実行と任意売却の中間的な方法として、任意売却ではあるものの、後順位抵当権はそれにより吹き飛ばすとか場合によっては配当手続がなされる等の私的な抵当権実行制度）の創設、競売の民間委託もほとんど議論されることなく見送られたようである⁵⁾。

注

- 1) 松岡久和「担保・執行法改正の概要と問題点（上）—担保法に関わる部分を中心に」金融法務事情1687号21頁（2003年）
- 2) 内田貴・民法Ⅲ（第2版）436頁（東京大学出版会，2004年）
- 3) 抵当権に基づく妨害排除請求権の明文化を提言するものとして、拙稿「抵当権に基づく占有力」ジュリスト1218号85頁（2002年）
- 4) 道垣内弘人ほか・新しい担保・執行制度97頁（有斐閣，2003年）
- 5) 道垣内弘人・〈講演録〉「担保法改革元年」金融法務事情1682号22頁（2003年）

7 抵当権による管理占有の展開

(1) 「管理占有」概念

今回の担保執行法制の改正については、担保不動産収益執行など収益型物件に重点が置かれており、非収益型物件に対する執行妨害は本格的に俎上に乗せられていないようにも思われる。抵当権の実行による競売不動産の管理占有のあり方について検討したい。前掲最高裁大法廷判決の奥田裁判官の補足意見は、

「その場合に抵当権者が取得する占有は、抵当不動産の所有者のために管理する目的での占有、いわゆる管理占有であるといい得る」とする。しかし、管理占有という言葉は一般に認識されているのであろうか。たとえば、注釈民法総索引をみても「管理占有」は索引に載っていない。¹⁾管理占有という言葉については、管理目的の占有を言い換えたものとみる見解がある。²⁾管理占有は新しい用語であるともみられている。³⁾しかし、後述のとおり管理占有は所有者のためにする一したがって他主占有である一ものの、私見は、受領能力に問題のある所有者への引渡しを拒絶できる排他性を有するものであり、単なる管理目的の占有とは異なる特性を有するものであると考察する。なお、民法上、財産管理権なる概念は認められていないけれども、「管理権」概念は随所にみられる(民法830条2項、832条、835条等)。⁴⁾しかし、いずれも競売の場合を想定していないのである。

(2) 非収益型抵当不動産と管理占有

収益型抵当物件については、担保不動産収益執行による不動産管理が可能となり、不法占有者の排除のためにもこの制度を利用できる。しかし、非収益型物件については事実上この制度を利用できない。執行妨害及び債務者の管理放棄等は、収益型抵当物件よりもむしろ自用住宅、遊休物件、自用土地等の非収益型抵当物件について頻発している。非収益型抵当物件に対する執行妨害の解消対策の一つとして管理占有は必要であろう。債務者による適法使用が期待できない場合には、管理占有を制度化することも一案であろう。債務者(居住者)の保護については、正常使用しているかぎり管理占有は生じないものと考えられる。管理占有によっても抵当権者は自ら使用収益できるものではないので、競売手続下の抵当権の性質と矛盾するものではない。むしろ管理占有により抵当不動産の競売を円滑化・迅速化するものとする。

さらには、抵当権の妨害排除については、最高裁大法廷の判例理論に依拠するのではなく、民法上に抵当権に基づく妨害排除請求権につき規定することが本来の姿であろう。

（3） 抵当権の換価権能

抵当権の換価権能については、債権者主導による不動産競売、不動産収益執行、物上代位、債権者と債務者の合意に基づく任意売却、第三取得者主導の抵当権消滅請求、債務者からする倒産法上の抵当権消滅請求など多様な換価が認められることとなった。

競売だけを想定していた時代とは異なり、抵当権の換価権能はこのように変質し多様化しているといえる。競売の場合における管理占有の根拠については、競売物件を執行手続下の特別財産と考えると、その管理につき所有者以外の者に管理を託させる必要がある場合が生じる。奥田裁判官の補足意見にいう管理占有については、債務者の管理放棄や適正管理を拒絶ないしは期待できない場合には、競売不動産管理のために当然に発生し認められるべきことといえる⁵⁾。もちろん、抵当権者による代理受領を認めることを越えて、抵当権者による管理占有を認めることにつき批判的な見解がないとはいえない⁶⁾し、抵当権者からみて管理占有は負担である場合もあろう。

（4） 抵当権者への明渡しと管理占有

本件代位行使の効果については、前掲最大判平成11・11・24の判示によると、抵当権者は、所有者のために抵当不動産を管理することを目的として、直接に抵当権者への明渡しを請求することができる。所有者に管理能力が備わっている一般のケースでは、所有者への明渡請求にとどめるべきものであろう⁷⁾。抵当権者への明け渡しを否定する見解は、執行官の代理受領とする抵当権設定者への明渡を認めて、民事執行法187条の2や55条の執行官保管へつなげれば十分であると主張する⁸⁾。管理占有は代理受領を越えるものであろう。しかし、抵当権設定者の保管では競売目的を達しえない場合には、なんらかの過度的措置〈手段的保管〉が必要であるので、抵当権者への明渡を肯定してよいのであろう⁹⁾。抵当権に基づく担保不動産の収益執行は非収益型担保不動産にはとることができないので、これにより不法占有を排除することもできない。抵当権者が抵当不動産の明渡しを受ける根拠については、以下のように考える。

奥田裁判官の補足意見は、抵当不動産の所有者が受領を拒み、または所有者において受領することが期待できない事情があるときには、抵当権者による抵当不動産の管理占有を認めている。右の場合のほかにも、所有者が不法占有者と意思疎通していて所有者への引渡しは無意味であると評価できる場合も加えるべきものであろう。明渡し後の管理につき抵当権者へ託することが許される根拠について、競売不動産を設定者の責任財産から分離して競売による換価が強制される特別財産（ただし破産財団のように単一的包括的な財産ではない）の管理につき、必要があるとき所有者以外の者に管理を託すべきものであり、その効果として、所有者は特別財産の帰属者として管理占有の拘束を受けることになる。¹⁰⁾ 民事執行法上、所有者が占有の取得に協力しないときは不動産の明渡執行は不能と考えられること等からして、前記例外的ケースにおいては、抵当権者の管理占有、すなわち管理と帰属の分離を認める解釈をするべきものであろう。最後に、管理占有の範囲内容につき検討する。

(5) 管理占有の範囲内容

管理占有は所有者のために「管理することを目的として」なすのであって、その範囲は競売不動産の維持保存にかぎられるのであり、抵当権者には積極的な使用・収益をなしうる権限はないと考えられる。また、抵当権者に管理能力があることが前提であろう。抵当権者は所有者の引渡請求に応じなければならぬのであろうか。福永有利教授は、否定説の立場から代位の必要性が続いているとみるべきことを理由に、原則として、所有者は自己への占有移転を請求することはできない、と説示されている。¹¹⁾ 私見は、担保権の実行としての競売不動産を強制換価目的のための特別財産とみて、維持管理の必要性がある限り、管理占有は所有者の引渡請求を拒絶しうる排他性を有すると考える。¹⁰⁾ 結論としては所有者への引渡は否定されるものの、管理占有は一般に競売不動産を所有者へ引渡した場合よりも有利に換価することとなり、所有者にも間接的に利益をもたらすものと考えたい。この排他性については、遺言執行者の職務権限（民法1012条）（その権限は遺言執行者に排他的に帰属するものとして理解する

¹²⁾学説), 破産管財人の管理処分権 (破産法7条) 等を根拠として考えることができるであろう。保管責任については, 債権者代位制度における代位債権者と債務者間に法定委任関係があるものとして,¹³⁾ 代位債権者たる抵当権者は善良な管理者の注意義務を負担するものである。¹⁴⁾ 他方, 代位権行使 (転用型) の結果として管理占有は生じることからすると, 事務管理であるとも考えられるものの¹⁵⁾, その場合も善良な管理者の注意義務を負うことに変りはない。管理占有はこのように権限であるとともに義務でもある。また, 管理権と代理権の関係についてはより分析すべきものであろう。ここで管理行為にはどのようなものが含まれるのか。賃貸オフィスビルの場合には, ①賃料管理 (集金, 未収金回収), ②テナント管理 (契約条件の改定・更新, 解約, 空室募集), ③物件管理 (清掃, 警備, 設備保守, 点検, 廃棄物処理), ④費用支払管理, ⑤修繕改修管理, 等を想定する。私見は, この内, 物件管理を中心として費用支払の一部 (広告宣伝費等除外) を含むものとする。この点は今後より具体的に議論すべきものであろう。空地の場合には, 柵の設置, 現状点検, 清掃等が管理行為に含まれるのであろう。このように管理占有の範囲は物件種類により異なるものであろう。さらに, 管理占有により内覧も可能と解されている。¹⁶⁾ また, 管理占有は抵当権者に多大の費用負担をかけるため, その対処の一として, 占有移転禁止の仮処分の利用が提唱されている。¹⁷⁾ 占有移転禁止の仮処分によると, 執行官の直接保管や執行官保管のもとでの債権者保管という内容の処分も可能であり, この仮処分には当事者恒定効が認められている (民事保全法62条)。しかしながら, 執行官保管は決して万全ではないのである。執行官の増員体制は十分でなく, 執行官の手数料は不動産明渡の強制執行の場合を重視していないこと, 調査機構を十分に具備していないこと等からして, 執行官保管ですべてがことたりとするものではなかろう。執行官による執行の迅速性も問われるべきであろう。¹⁸⁾ これまで検討したとおりその必要性がある限り, 抵当権者による管理占有の意義が存在する。私見の立場から作成した末尾の「排他的管理権の比較」 (破産管財人, 遺言執行者, 抵当権者の管理占有) も, ご参照願いたい。

注

- 1) 注釈民法総索引（有斐閣，1987年）に「管理占有」なる項目はない。
- 2) 中山知己「抵当権・譲渡担保権にもとづく妨害排除請求（上）」NBL772号65頁（2003年）は，東京地裁民事執行実務研究会編著「改定不動産執行の理論と実務（上）」（法曹会，1999年）243頁，244頁にその表現がみられると指摘している。中山教授は，管理目的の占有を言い換えたものと推測されている。
- 3) 椿寿夫ほか〈座談会〉抵当権者による明渡請求—最大判平成11・11・24をめぐって—〔佐久間弘道発言〕銀行法務21571号26頁（2000年）
- 4) 於保不二雄・財産管理権論序説1～26頁（有信堂，1954年），米倉明・法学・法学教育15頁（新青出版，2000年）
- 5) 高木・前掲（2注14）書163頁は，奥田補足意見でも，抵当権者が自己への明渡を請求しうるのか，抵当不動産所有者への明渡を請求しうるにとどまるのかは，さらに検討を要する問題であるとしていると説示する。
- 6) 松岡・前掲（4注4）論文NBL683号41頁，田中克志「不良債権処理と抵当権の占有排除効—「暴走する」？抵当権—」静岡大学・法政研究6巻3・4号38頁は，抵当権者への直接の明渡しについては理論的には説明が困難な面があるという。（2002年）
- 7) 船橋諄一＝徳本鎮編・新版注釈民法（6）118頁，〔好美清光執筆〕（有斐閣，1997年）
- 8) 松岡・前掲（4注4）論文NBL683号41頁，44頁
- 9) 鎌田・前掲（2注8）論文289頁は，抵当権者への引渡は高度の必要性があるときに債権者代位権を転用する以外には認めえない，とする。
- 10) 四宮和夫・民法総則（第4版）228頁，229頁（弘文堂，1986年）の「排他的管理権」の説明から示唆を受けた。
- 11) 福永有利「平成11年大法廷判決から派生する手続問題」銀行法務21572号31頁（2000年）
- 12) 新井誠・信託法102頁（有斐閣，2002年）
- 13) 於保不二雄・債権総論（新版）173頁（有斐閣，1972年）
- 14) 八木一洋「最高裁平成11年11月24日大法廷判決について」ジュリスト1174号42頁（2000年）
- 15) 道垣内弘人「「侵害是正請求権」・「担保価値維持請求権」をめぐって—最大判平成11・11・24の理論的検討」ジュリスト1174号212頁（2000年）
- 16) 小林明彦ほか座談会〈抵当権者による不法占有者の排除〉ジュリスト1174号23頁〔山崎恒発言〕（2000年）
- 17) 福永・前掲（注11）論文34頁，35頁

18) 鈴木ほか編・前掲（5注3）書90頁〔久米良昭，福井秀夫，福島隆司執筆〕

ま と め

今次の担保執行法制の改正後においても，非収益型抵当不動産—自用住宅，住宅土地等—を主にして，抵当権者による管理占有を認める意義と必要性が存在する。管理占有の性格については，抵当権者に積極的な使用収益権限はないものの，所有者の引渡請求を拒絶しうる排他性を有することが特筆される。管理占有は競売の迅速化にも寄与しうるであろう。今後，この管理占有事例がどの程度収積されるかは予測困難ながら，管理占有に関する議論が一層盛んになることを期待したい。管理占有の性格や範囲をより明確化していくこと，そして，執行官保管との関係分析をすること，さらには抵当権に基づく妨害排除請求権を明文化すること等は残された課題であろう。

表 排他的管理権の比較

	破産管財人	遺言執行者	抵当権者の管理占有
選任等	裁判所の選任	遺言者の指定 家庭裁判所の選任	妨害排除の判決 （管理占有認容）
管理権限	占有及び管理 換価	遺言事項の実現 遺言執行の範囲	抵当不動産の管理占有，管理目的
注意義務	善管注意義務	善管注意義務	善管注意義務
権利帰属者	破産者	相続人	抵当不動産の所有者
発生	破産宣告	相続の開始	所有者の受領能力に問題
権限の性格	清算的性格がある 包括的である	清算的性格はない 包括的（包括遺贈） 特別財産（特定遺贈）	清算的性格はない 特別財産 一時的である
監督	裁判所の監督	相続人	裁判所
排他性	破産者より管理権剥奪	相続人は遺言の執行を妨げる行為をできない	受領能力に問題ある 所有者の占有否定
地位	諸説がある	相続人の代理人	所有者の代理人？
終了	破産手続の終了 辞任・解任・死亡	遺言執行の終了 死亡・解任・辞任	競売不動産の売却